

国际投资法中的 重大争议问题与我国的对策

徐崇利

本文指出,在国际投资法领域,广大发展中国家与发达国家之间历来存在着一系列明显的分歧,它反映着北南双方经济地位和利益的重大差异。我国政府一贯倡导并积极推动国际经济新秩序的建立,原则上支持发展中国家的基本主张。与此同时,我国在与外国签订的双边投资保护协定和所参加的保护国际投资多边条约中,就外国投资者的待遇、外资的国有化、特许权协议的法律性质以及国际投资争端的解决等问题向发达国家作出了不同程度的妥协。从建立国际经济新秩序的历史进程和发展中国家的具体实践来看,在和平与发展的背景下,立足于我国国情,在国际经济事务中采取灵活的策略,是有益和必要的。

作者徐崇利,1966年生,厦门大学法律系讲师,国际经济法专业在职博士研究生。

在国际投资关系中,由于作为资本输入国的发展中国家与作为资本输出国的发达国家的经济地位和经济利益迥然不同,双方在一些重大的国际投资法律问题上历来存在着明显的分歧。这些重大的法律问题主要有外国投资者的待遇、外资的国有化、特许权协议的法律性质以及国际投资争端的解决等等^①。为了维护发展中国家的共同利益,中国政府一贯倡导并积极推动国际经济新秩序的建立,原则上支持发展中国家在国际投资法律理论和实践中的基本主张。近十多年来,我国学术界也在为创建具有中国特色的、能够体现广大发展中国家共同利益的国际投资法律理论体系而进行探索。然而,从目前与外国签订的双边投资保护协定以及所参加的保护国际投资多边条约来看,我国已经在上述重大问题上向发达国家作出了不同程度的妥协,具体实践中的某些妥协与我国的原则立场和主导理论之间已经形成了不容忽视的反差。对于这种反差,我

^① 本文中的“国际投资争端”专指“国家与他国国民间的投资争端”。

国现有的国际投资法论著大多采取了回避或否认的态度,理论与实践之间出现了一定程度的脱节。如何看待这些存在争议的问题,如何看待我国采取的有关做法,无疑是国际投资法研究中的一项重要课题。

一、外国投资者的待遇

在殖民主义时代,西方投资者在殖民地国家攫取了大量特权,在很大程度上操纵了这些国家的经济命脉。第二次世界大战以后,广大发展中国家(原殖民地国家)相继独立。为了捍卫自身的经济主权,在外国投资者待遇问题上,它们一般都主张根据东道国的国内法律给予外国投资者以与本国国民相同的待遇。尤其是拉美国家,长期奉行“卡尔沃主义”,坚决反对外国投资者谋求高于东道国国民的特权地位^①。广大发展中国家在这方面所坚持的原则立场集中反映在1974年联合国大会通过的《各国经济权利与义务宪章》(以下简称《宪章》)之中。该宪章第二条第二款规定:“各个国家有权按照其法律与规章并依照其国家的目标和优先秩序,对其管辖范围内的外国投资加以管理和行使权利,任何国家不得被迫给予外国投资者优惠待遇。”应当看到,这是广大发展中国家在争取建立国际经济新秩序方面所取得的一项重要成果。

反观发达国家,它们往往以发展中国家政治不善、行政效率低下、法制不健全,以及常有专门歧视外国投资者的举措等为理由,宣称仅仅实行国民待遇尚不足以保护外国投资者的利益,除非作为东道国的发展中国家所给予的这种待遇能够达到“国际最低标准”^②。尽管各发达国家对所谓国际最低待遇标准的解释并不一致,但同时又都认为投资者是否享受到了这项待遇一事必须以“西方文明国家”公认的国际法来衡量、判断。据此,发展中国家如果未能“达标”,作为投资者母国的发达国家就可以对本国投资者实行外交保护,追究东道国的国家责任^③。应发达国家的要求,“国际最低待遇标准”曾被写入1962年联合国大会通过的《关于自然资源永久主权的决议》。该决议第三条规定:“外国投资活动如经许可,则输入之资本及其收益应受许可条款、现行国内法及国际法之管辖。”对于外国投资者待遇方面的“国际最低标准”这一主张,我国学术界一向反对,认为这是经济强国对经济弱国滥用外交保护权,实行不当干预乃至兴兵索债的借口,从根本上是与国家主权原则相抵触的^④。

我国关于外国投资者待遇的主张主要体现在与外国签订的双边投资保护协定(以下简称“中外协定”)之中。

笔者认为,由于有关条件尚不成熟,我国目前还不宜对外国投资者广泛实行国民

① 见日本国际法学会《国际法辞典》,世界知识出版社1985年版,第176页。

② 见克伦福尔《外国投资的保护》,波士顿,1972年版,第59页。

③ 见布朗利《国际公法原理》,伦敦,1979年版,第525—526页。

④ 见《中国大百科全书·法学卷》,中国大百科全书出版社1984年版,第593页;见姚梅镇《国际投资法》,武汉大学出版社1987年修订版,第336页。

待遇。首先,在现行的经济体制下,国内企业对国家仍负有特殊的义务,国家在工资制度、价格体制、物资供应、信贷政策以及政府补贴等方面仍需相应地给予它们以特殊待遇,而且这些待遇本身在国内全民、集体和私营企业之间也并不一样,而不管其中的哪一种,都不可能完全适用于外商投资企业^①。另外,我国的改革开放还将进一步深入发展,国家给予国内企业和外商投资企业的待遇都处在调整 and 变化之中,二者很难完全保持一致和同步。当然,随着社会主义市场经济体制的逐步建立,对外商投资企业广泛实行国民待遇的条件的渐趋成熟,我国也将给予外国投资者以国民待遇。

迄今为止,在我国与外国签订的双边投资保护协定中,只有中英协定和中日协定就国民待遇原则作了规定。1986年签订的中英协定第三条第三款规定,缔约一方将“尽量”给予对方国民与本国国民相同的待遇。由于该款使用了“尽量给予”这一弹性措词,作为缔约一方的我国显然没有承担任何必须给予英国投资者国民待遇的实质性义务^②。1988年签订的中日协定第三条第二款虽然原则上规定了双方将相互给予对方国民以不低于本国国民的投资待遇,但其适用受到以下两方面的严格限制。在“硬性”限制方面,中日双方会谈纪要第二条明确排除了对下列投资活动实行国民待遇的可能性。这些投资活动包括采购原材料或辅料、电力或燃料、各类生产或操作工具;在国内外销售产品;在国内外借款;引进技术;在国外设立分支机构等等。在“弹性”限制方面,中日协定附加协定书第三条规定,缔约任何一方根据有关法律和法规,为了公共秩序、国家安全或国民经济的正常发展,在实际需要时,可以给予对方国民差别待遇。由此可见,我国在对外国投资者实行国民待遇问题上持非常审慎的态度,而有别于其它许多发展中国家。这是由我国具体国情决定的。

中外协定一般都规定外国投资者在东道国享有“最惠国待遇”和“非歧视待遇”,缔约双方通常还承诺相互给予对方投资者“公平合理的待遇”。但是,对“公平合理待遇”的具体内容,诸多中外协定均无明确界定,只有个别协定试图作出比较具体的解释。例如,1984年签订的中法协定附件第一条说,投资者进行的专业活动必须得到“适当”的物质方便;有关投资的“正常”进行不受任何阻碍;对投资者及雇员出入境、居留、旅行的签证申请必须予以“善意”考虑;等等。这项解释固然大体上划定了“公平合理待遇”原则的适用范围,但还是使用了“适当”、“正常”、“善意”等弹性措词,因而仍然未能阐明衡量“公平合理待遇”的确切标准。

我国学术界对“公平合理待遇”的理解,也存在着明显的分歧。一种观点认为,确定给予外国投资者的待遇是否“公平合理”的标准是相对于东道国给予第三国投资者

① 见科洪纳《投资保护条约:一个澳大利亚人的看法》,《世界贸易法杂志》第21卷,伯尔尼,1987年,第93页。

② 见李适时《论中国缔结的双边投资保护协定》,《中国国际法年刊·1990年》,第116页。

的待遇而言的。这种观点实际上是把“公平合理待遇”等同于对外国投资者实行的最惠国待遇。另一种观点则认为,要衡量外国投资者是否得到了“公平合理待遇”,只能以东道国对本国国民实行何种待遇为参照标准。依照这种观点,“公平合理待遇”便无异于“国民待遇”。此外,国内还有学者认为,“公平合理待遇”既包括最惠国待遇,也包括国民待遇,是兼采两种待遇内容的综合标准^①。上述观点都是值得商榷的。首先,诸多中外协定都已经明文规定了最惠国待遇标准,如果再把“公平合理待遇”理解为最惠国待遇,那么这些协定对于同一待遇标准何以要使用两种不同的表达方式?同时,我们也不能把“公平合理待遇”视为国民待遇。如上所述,我国目前还不宜对外国投资者广泛实行国民待遇,何况在中英、中日协定里已就国民待遇标准作了某些规定,在这种情况下,各个中外协定中另外采用一个与“国民待遇”含义完全相同的提法“公平合理待遇”是根本没有必要的。比较普遍的看法是,“公平合理待遇”是独立于“最惠国待遇”和“国民待遇”之外的一项总的待遇原则,是相对于“东道国对外国投资者采取的专横、歧视、不公平、不合理行为”而言的^②。显然,在国民待遇和最惠国待遇原则得以贯彻的情况下,外国投资者享有的实际待遇水平是由东道国给予本国国民和第三国国民的待遇水平决定的,对于外国投资者而言,就存在一个如何衡量上述两个待遇水平的问题,这构成了设立“公平合理原则”的原因。可以认为,就是在这种情况下,“公平合理待遇”原则作为衡量上述两项待遇是否“合格”的最后标准而被提出。从这个角度去理解,把“公平合理待遇”看作一项独立的待遇原则是正确的,它既不等同于“最惠国待遇”和“国民待遇”,也不是此二者的简单“兼采”。不过,持这种观点的人仍然未能阐明“公平合理待遇”的具体内容及判断标准。

以何种法律为准判定外国投资者享有的待遇是否“公平合理”,这是问题的关键所在。对此,一些中外协定规定应当适用东道国国内法律。例如,1984 年签订的中芬协定第三条规定:“缔约一方应按照其法律和法规始终确保缔约另一方投资者的投资享有公平的待遇。”采用这种标准,我国就有权根据本国国内立法判断对外国投资者实行的待遇是否“公平合理”,从而把这方面的主动权牢牢掌握在自己手里。然而,大多数中外协定没有提及“公平合理待遇”的法律适用标准。例如,1986 年签订的中瑞(士)协定第二条第一款仅规定:“缔约各方应始终保证公平合理地缔约国另一方投资者的投资。”在协定没有约定的情况下,“公平合理待遇”的认定标准很容易被发达国家解释

① 见刘丰铭、叶俊英《中国外资法》,同济大学出版社 1989 年版,第 39—40 页;见高永富《国际经济法》,立信会计图书用品社 1993 年版,第 234 页;见姚梅镇《外商投资企业法教程》(高等学校法学试用教材),法律出版社 1990 年版,第 15 页。

② 见刘丰铭、叶俊英《中国外资法》,同济大学出版社 1989 年版第 39—40 页;见杨树明等《国际投资法原理》,重庆大学出版社 1992 年版,第 60 页;见戚天常等《中国引进外资法律全书》,中国政法大学出版社 1993 年版,第 138 页;等等。

成适用“国际最低待遇”。例如，美国1984年修订的双边投资保护条约（样本）第二条第二款明确规定：“各种投资在任何时候均应获得公平合理的待遇，享有充分的保护和安全；所获得的待遇，在任何场合，均不得低于国际法的要求。”经济合作与发展组织制订的双边投资保护协定范本第一条对此也作了类似规定。发达国家双边投资保护协定“蓝本”中的这一样板条款已经付诸实践。80年代以来，美国往往以提供经济援助等为交换条件，诱使发展中国家在与之签署双边投资保护协定时允诺给予美国投资者的“公平合理待遇”必须符合国际法要求。例如，1982年美国 and 土耳其签订的双边鼓励和保护投资协定第二条第三款就完全是上述美国样板条款的翻版^①。西方学术界普遍认为，这些协定中的“公平合理待遇”就是“国际最低标准”的代名词^②。

1988年4月，我国正式加入了在世界银行主持下制订的《多边投资担保机构公约》（即《汉城公约》）。该公约第十二条d款Ⅳ项规定，多边投资担保机构承保投资者非商业性风险的前提条件之一，就是该投资者在东道国的投资可以得到“公正、平等的待遇和法律保护”。根据该公约《业务细则》3.16段的解释，判定“公正、平等待遇”的标准既包括东道国国内法，也包括国际法，但在这方面东道国国内法最终必须符合国际法的规定。这就意味着多边投资担保机构在同意承保之前，有权审查东道国对外资的待遇水平是否达到了国际法上的要求。在制订《汉城公约》的过程中，广大发展中国家极力反对将这一“国际最低待遇标准”引入上述条款。但是，由于以联邦德国为首的一些发达国家的竭力支持，作为双方总体妥协的结果，发展中国家最终不得不在这一问题上作了让步^③。

在中外协定没有规定“公平合理待遇”的具体认定标准的情况下，虽然并不表明我国接受了“国际最低标准”；然而在签约时应当已经意识到缔约另一方作此解释的可能性。从这个角度来看，我国已向发达国家作了一定程度的妥协；而根据《汉城公约》第十二条d款Ⅳ项规定及有关解释，我国就此所作的让步则更加明显。

二、外国投资的国有化

现在，一国对外资实行国有化的权力已经得到了国际社会的公认。在历史上，西方国家曾经把对外资实行国有化看作“国际不法行为”，并不时以投资者母国有权实行外交保护为由，“追究”东道国的“国家责任”，乃至大动干戈，兴兵索债。从本世纪30年代开始，随着发展中国家的崛起，西方国家被迫逐步承认了各国对外资实行国有化的权力。但是，在“间接国有化”和“国有化补偿”两大问题上，西方国家与发展

① 见美国国际法学会《国际法律资料》1982年第5期，纽约，第932页。

② 见萨瑟多狄《对巴塞罗纳机车公司案的反思：国际法中的外国人所有和控制的公司》，《陷入困境的国际法》，乌特列支，1989年版，第712页。

③ 见希哈塔《多边投资担保机构与外国投资》，乌特列支，1988年版，第232页。

中国家之间仍然存在着尖锐的分歧。

(一) 间接国有化 从50年代末至70年代初,有一大批发展中国家在政治上获得了独立,但它们在经济上仍然受制于发达国家。没有经济上的主权,就难以确保政治主权的长久稳固,广大发展中国家为此而开展了对外资的大规模征收和国有化运动。进入70年代之后,许多发展中国家为了改变本国经济的落后状况,纷纷实行鼓励投资、吸收外资的政策,通过法律明令将外资强制收归国有的做法已大为减少。对外国投资者而言,上述那种直接国有化的做法已不再构成其海外投资的主要政治风险,令他们担心的倒是发展中国家采取的所谓“间接国有化”措施^①。这种国有化形式一般是指东道国虽然没有公开宣布对外资实行国有化或征收,财产的所有权在法律上仍然属于外国投资者,但是东道国却设法阻碍外国投资者行使财产权,致使他们的财产实际上归于无用。这种做法又被称为“隐含式国有化”,或“蚕食性征用”。在实践中,某些发达国家为了加强对本国海外投资的法律保护,往往把发展中国家所采取的增加捐税、管制外汇、货币贬值、统制价格、拒绝批准原材料进出口、强制出口、强制国产化、限制利润率、禁止解雇、因故吊销外国雇员的居住权以及改变外资政策等措施说成是对外国投资者的歧视性待遇,且统统算作“间接国有化”措施,从而就原本不属于海外投资政治风险损失的那部分损失向发展中国家索取赔偿^②。

如前所述,1974年联合国大会通过的《宪章》第二条第二款对外国投资管辖一事已经作出了明确的规定。毫无疑问,从本国经济发展的实际需要出发,发展中国家有权调整、修订其外资政策和法律,包括加强对外资所实行的管制和取消对外资的某些优惠。对此不宜动辄以“间接国有化”行为视之,否则便削弱乃至否认了发展中国家所拥有的管理外资的主权权力,而势必遭到发展中国家的反对。

我国学术界对某些发达国家提出的“间接国有化”概念多持否定态度,并提醒人们应对这一概念的理论 and 实践有所理解和防范^③。然而,迄今签订的所有中外协定都订入了关于“国有化和征收的类似措施”的保证条款。即使像1983年签订的中德协定那样只提及“征收”的概念,但该协定附加的协议书第四条还是作了补充解释,称协定中所说的“征收”也包括国有化及“与征收或国有化有相同效果的其他措施”。双边投资保护协定中所说的“国有化和征收的类似措施”或“与国有化和征收有相同效果的其他措施”指的就是“间接国有化”行为^④。我国现已参加的《汉城公约》第十一条a款ii项也规定,多边投资担保机构承保的第一类非商业性风险即为“征收和类似的措

① 见但泽《对外国人财产的间接征用》,《外国投资法杂志》1986年第1期,华盛顿,第41页。

② 见亨金等《国际法判例和资料》,纽约,1980年版,第743—744、788页。

③ 见陈安《国际投资法》,鹭江出版社1988年修订版,第87页。

④ 见沃斯《发展中国家对外国直接投资的保护和促进:利益、相互依存及难题》,《国际法和比较法杂志》第31卷,伦敦,1981年,第686、707页。

施险”。在中外协定和《汉城公约》没有明确界定“间接国有化”具体范围的情况下,我国笼统地接受了这一概念,不能不说是发达国家的一项让步。

(二) 国有化补偿 在国有化补偿问题上,发达国家历来主张“充分、及时、有效”的补偿三原则(亦称“赫尔公式”^①)。由于广大发展中国家的强烈抵制,“赫尔公式”从来没有在国际实践中得到过普遍支持,因此也不可能成为现行的习惯国际法规则。多数发展中国家一向主张如对外资实行国有化或征收,则只给予外国投资者以“部分补偿”。在联合国大会起草1962年《决议》的过程中,发达国家和发展中国家之间曾就国有化补偿标准问题发生过激烈的争论。在最后正式通过的文本中,不得不采用妥协性的模糊提法,即对外资实行国有化或征收的国家“应按照本国现行法规及国际法的规定对原业主给予适当赔偿”(《决议》第一条第四款)。发达国家通常把所谓“适当赔偿”解释为按照国际法给予“充分(全部)赔偿”,而发展中国家则普遍将它理解为按照东道国国内法给予“部分赔偿”^②。随着发展中国家与发达国家在联合国大会中力量对比的变化,1974年通过的《宪章》就“适当赔偿”标准作出了有利于发展中国家的规定,即采取国有化或征收的国家可以“考虑本国有关法律和条例的规定以及与其本国有关的一切情况,给予适当的补偿”(第二条第二款c项)。这项条款实际上确认了各国在对外资实行国有化或征收时,有仅给予外国投资者以部分补偿的权力。

我国学术界普遍反对赫尔公式,支持发展中国家的部分补偿理论,认为部分补偿标准符合国家对自然资源的永久主权原则和国际法上的公平互利原则,它既考虑到发展中国家实行社会和经济改革的现实需要和财政支付能力,也考虑到外国投资者所应当享有的各种合法权益,因而是完全合理的^③。

在我国已往的国有化补偿实践中,采用的也是部分补偿标准。建国初期,我国政府曾将总数为19680万美元的美国私人资产收归国有;1979年中美关系正常化之后,我国政府与美国政府达成了一项协议,同意向美方支付8050万美元作为征收的补偿,这个数额只相当于被中国政府收归国有的美国私人资产总数的41%^④。

在近年签订的多数中外协定中都明确规定,国家如对外资实行国有化或征收,将给予外国投资者以“补偿”,且在“补偿”一词之前未加任何修饰和限制,只有部分协定采用了“合理补偿”(中英协定第五条)或“适当补偿”(中瑞〔士〕协定第七条)的提法。但是,对于这种补偿的具体数额标准,各个中外协定的规定基本上是一致的,即

① 这三项原则是由美国国务卿赫尔在1938年8月3日致美国驻墨西哥大使纳耶拉的一份外交信件中首先提出来的,故称“赫尔公式”。

② 见曾我英雄《新国际经济秩序中的国际法问题—主论国有化及海洋法》,《国际经济立法的历史和现状》,法律出版社1982年版,第50—51页。

③ 见姚梅镇《国际投资法》,武汉大学出版社1987年修订版,第380—390页。

④ 见沈四宝《外资国有化和补偿原则》,《国外法学》1983年第5期,第65—66页。

应为与“该投资处于未被征收或国有化”时“相同的财政地位”(中日协定第五条),或“应相同于宣布征收时该投资的价值”(中意协定第四条),或“应相当于有关投资的实际价值”(中法协定协议书第二条),等等。其中多数中外协定还规定补偿额应包括从采取国有化或征收措施之日到支付之日期间的“利息”(中芬协定第五条)、“按适当利率计算的利息”(中丹协定第四条)、“按正常利率计算的利息”(中英协定第五条),等等。在这方面,有的中外协定规定得颇为详细。例如,中澳协定第八条第二款规定,补偿应按国有化或征收“措施为公众所知前一刻的投资的市场价值为基础计算。若市场价值不易确定,补偿应根据公认的估价原则和公平的原则确定,应把投入的资本、折旧、已汇回资本、更新价值和其他有关因素考虑在内。补偿应包括从采取措施之日到支付之日按合理利率计算的利息。”此外,所有中外协定还无一例外地规定,补偿的货币应是“可兑换的货币”,并应在“合理的时间内支付”,“支付不得无故拖延”。

对于国有化和征收补偿问题,我国学术界普遍认为各个中外协定遵循的是“部分补偿”原则,而不是发达国家坚持的赫尔公式(即所谓“充分”、“及时”、“有效”)。笔者认为这种看法是不准确的。尽管各个发达国家对赫尔公式具体含义的解释并不完全一致,但无论如何,美国作为该公式的始作俑者和积极推行者,其观点应当是最有代表性的。1984年修订的美国双边投资保护条约(样本)第三条第一款规定,所谓“充分”是指“赔偿应相当于被征用的投资在(东道国)采取或宣布征用行动前夕的公平合理的市场价格,其中包括自征用之日起按商业上合理的利率计算的利息”;所谓“及时”是指“赔偿金应毫不延迟地支付”;而所谓“有效”是指“应当能全部兑成现款”。比照美国双边投资保护条约中的上述样板条款和中外协定中有关国有化和征收的补偿规定,不难看出,二者在实质内容上并无二致,中外协定中的有关规定与赫尔公式非常接近。大多数中外协定都是在各发达国家的双边投资保护条约的样本基础上签订的,由于发达国家立场的一致性,这些协定只是在国有化和征收补偿规定的具体措词上与美国对“赫尔公式”的表述略有不同而已^①。

诚然,对于“适当补偿”还可以有另外一种解释,即根据具体情况,它可以是充分补偿,也可以是部分补偿^②。但是,在所有的中外协定中都是只有充分补偿的具体规定,而没有赋予缔约国只给予投资者以部分补偿的权力。从这个角度来看,某些中外协定的规定名为遵循“适当补偿原则”,实质上仍然采纳了充分补偿标准。

此外,我国1986年颁布的《外资企业法》第五条和1990年修订的《中外合资经

① 见索纳拉亚《国家责任与双边投资条约》,《世界贸易法杂志》第20卷,伯尔尼,1986年,第91页。

② 见沙赫特《国际公法基本教程》,纽约,1985年版,第325页;见《中国大百科全书·法学卷》,中国大百科全书出版社1984年版,第593页。

营企业法》第二条均规定,对外资实行国有化和征收,将给予“相应的补偿”。至于何为“相应补偿”,立法本身则未作任何解释。由于我国参加或缔结的国际条约具有优于我国国内立法的效力^①,对于上述条款中的“相应补偿”无疑可以作出与中外协定有关规定相一致的理解,其实也就是“充分补偿”。

三、国际投资争端的解决

对于东道国政府与外国投资者之间的投资争端,发展中国家一般都主张应由东道国的司法或行政机构管辖,并适用东道国国内法律加以解决。其理由归纳起来主要有:首先,根据国际法中的“属地管辖优先原则”,“外国人和外国财产一旦进入国家境内,就立即归国家的属地最高权支配”^②,外国投资者亦不能例外;其次,根据国际法中的“用尽当地救济”规则,外国投资者在没有用尽东道国法律对其仍然适用的所有救济手段之前,不得要求其母国行使外交保护权;再次,根据“外国投资者默示同意论”,从外国投资者进入东道国进行投资活动这一行为本身就可以推定他们已经默认了东道国的法律管辖^③;最后,根据“国民待遇原则”,外国投资者应与东道国国民一样,接受东道国对投资争端的国内司法管辖,并依东道国法律对纠纷进行处理。此外,由于国际投资争端的一方当事人是东道国政府,而且外国投资者在东道国投资经营,其人、其物、其活动也都处于东道国境内,一般的投资争端显然与东道国有着最密切的联系,根据国际私法中的“最密切联系原则”,投资争端理应由东道国进行司法管辖,并适用东道国法律。在这个问题上,拉美国家的态度尤为坚决,它们长期奉行“卡尔沃主义”,主张国际投资争端应由东道国法院裁判,以东道国的国内法为准据法,反对通过国际仲裁和国际司法解决的途径来处理。

与发展中国家的立场相对立,发达国家则以国际投资争端一方当事人是外国投资者,此类争端具有“国际性”为理由,主张通过国际仲裁来解决,并以国际法作为仲裁适用的准据法。它们反对东道国对国际投资争端的国内管辖,认为作为东道国的许多发展中国家法制不够健全和完善,容易出现因无法可依而不能处断的现象,同时东道国政府还难以避免偏袒本国政府、歧视外国投资者的倾向^④。

目前,我国已原则上同意将国际投资争端提交国际仲裁。1982年3月,在我国与外国签订的第一个双边(中国—瑞士)协定中,只字未提通过国际仲裁解决这类争端的有关事宜;一年多以后的1983年10月,在我国与外国签订的第三个双边(中国—原联邦德国)协定的附加议定书中,应原联邦德国要求,订入了有关征收补偿的争端

① 见《中华人民共和国民法通则》第一百四十二条、《中华人民共和国涉外经济合同法》第六条。

② 见劳特派特《奥本海国际法》上卷第一分册,商务印书馆1981年修订版,第217页。

③ 见斯坦纳、瓦茨《跨国法律问题》,纽约,1976年版,第508页。

④ 见陈安等《“解决投资争端国际中心”述评》,鹭江出版社1989年版,第5—6页。

可以交由国际仲裁的条款(第四条);1985年6月签订的中荷双边协定进一步提出,在缔约双方都成为1965年《解决国家与他国国民间投资争端公约》(即《华盛顿公约》)签字国后,缔约双方将为扩大把缔约一方与缔约另一方投资者的投资争端提交国际调解或仲裁的可能性展开谈判^①。项规定表明中国政府愿意考虑将提交“解决国际投资争端中心”(以下简称“中心”)仲裁的争端范围从“有关征收补偿额”的单一事项,扩大到其他争议事项。

与此同时,我国学术界对我国是否应当参加世界银行主持制订的《华盛顿公约》并接受“中心”仲裁体制一事展开了激烈的争论。第一种观点认为,从改善投资环境、促进改革开放的实际需要出发,我国应当尽快加入该公约;第二种观点认为,将我国政府与外国投资者之间的投资争端提交国际仲裁有违主权原则,现阶段不宜贸然接受“中心”的仲裁体制;第三种观点认为,我国对该公约以及“中心”的运行机制还缺乏深入的了解,因此首要任务是积极开展研究,然后慎重决定是否参加^②。经过十多年的认真研究和反复考虑,我国于1992年7月正式批准加入了《华盛顿公约》。作为与发达国家的一种妥协,我国放弃了对部分国际投资争端的属地管辖权。

对于国际投资争端的法律适用问题,大多数中外协定没有加以规定。即使在某些协定中有这方面的规定,也是针对国有化和征收补偿额争议这一特定事项的。相关的条款大致可以分为两类:一类规定适用东道国法律和双边投资保护协定(中法协定附件第四条第二款即属此类),这类规定与发展中国家的立场是基本一致的;另一类则规定适用东道国法律、双边投资保护协定以及普遍(或一般)公认的并为缔约双方所采纳的国际法原则(中意协定附加协议书第四条即属此类)。有人认为,这类条款明确规定适用“一般(或普遍)公认并为缔约双方所采纳的国际法原则”,比笼统地规定适用国际法要明确具体得多,它既满足了投资者的要求,又消除了东道国的顾虑,因而可以说是解决国家与他国国民间投资争端法律适用问题的一个良好范例^③。这种观点很难令人信服。我们知道,既是“国际法原则”,就必然是普遍(或一般)公认的,它对各国均有拘束力,而不管当事国是否采纳。在“国际法原则”前面加上“普遍(或一般)公认的”、“为缔约双方所采纳的”之类的修饰语,并不能改变在国际投资争端的法律适用问题上对发达国家作出让步的总倾向。

《华盛顿公约》第四十二条对国际投资争端的法律适用问题作了明文规定。它首先规定允许双方当事人选择争端所适用的法律,包括国内法和国际法;其次又规定凡当

① 见《中外相互鼓励和保护投资协定汇编》,法律出版社1988年版,第257页。

② 见金克胜《中国国际法学会1986年学术讨论会》,《中国国际法年刊·1987年》,第462—471页。

③ 见朱克鹏、金宁《论我国投资争议的法律适用》,《国际法走向现代化》,上海社会科学院出版社1990年版,第128—129页。

事人未作选择的,可以适用“当事之缔约国法律,以及可适用的国际法规则”。这种一并承认以国内法和国际法作为争端解决准据法的做法,是该公约制订过程中发展中国家和发达国家相互妥协的产物。但是,根据“中心”权威官员的解释,当国内法和国际法产生抵触时,国际法应当优先适用^①。对于这种解释,“中心”的非正式文件也曾予以认同^②。因此,《华盛顿公约》第四十二条关于国际投资争端法律适用的规定在实际运用中很可能是有利于发达国家的。我国加入该公约时,没有对第四十二条中“一并适用国际法”的规定作出保留,表明我国已接受了对发达国家的这项妥协。

四、特许权协议的法律性质

特许权协议是发达国家的投资者向发展中国家投资时双方签订的一种协议,是常见的特殊法律形式。通过签订这类协议,东道国政府授予外国投资者原本专属于国家的某些特权,允许他们从事公用事业建设或自然资源开发等投资活动。发达国家历来主张,特许权协议与国内私人契约不同,这类协议中通常都应该订有国际仲裁条款或援用国际法及一般法律原则作为准据法的条款。这些条款的存在无疑将导致特许权协议的“国际化”,从而也就决定了这类协议的国际协定或准国际协定性质。从“条约必须信守”这一国际法原则出发,发达国家要求发展中国家完全遵守特许权协议的各项规定,一旦有毁约或违约行为,即应承担国家责任^③。广大发展中国家则针锋相对,主张特许权协议仍是国内契约,因为虽然这类协议的当事人有一方是国家,但另一方却是外国投资者个人,而个人决不能成为国际法的主体。所谓特许权协议具有国际协定性质的观点是完全站不住脚的。即使特许权协议规定采用国际仲裁方式并适用国际法或一般法律原则解决双方的投资争端,也改变不了这类协议作为国内契约的根本属性。发展中国家一般都认为,按照合同法上的“情势变迁”原则,东道国政府在特定情况下有权取消或修改已经签订的特许权协议,而仅根据东道国的当地救济措施赔偿外国投资者的损失,无须承担什么国家责任^④。1974年联合国大会起草及讨论《宪章》时,广大发展中国家的代表曾一致坚持强调特许权协议的国内法效力。

迄今为止签订的中外协定都将特许权协议列为受保护的一种投资形式,但是对于特许权协议的法律性质及法律依据问题要么未作任何规定,要么规定得很不明确。例如,中日协定第一条第二款仅规定,受该协定保护的“投资财产”包括“勘探和开采自然资源的权利在内的特许权”;中瑞(士)协定第一条第四款规定,受该协定保护的

① 见《海牙国际法学院讲演集》第136卷第2册,海牙,1972年,第392页。

② 见《“中心”第12号文件—“中心”简介》,华盛顿,1985年版,第12页。

③ 见法托罗斯《国际法和国际化合同》,《美国国际法杂志》第74卷,纽约,1980年,第133—135页。

④ 见索纳拉亚《国际合同法的迷径》,《世界贸易法杂志》第15卷,伯尔尼,1981年,第187页。

特许权是根据“公法或合同”产生的；而中英协定第一条第一款对特许权的提法则是“法律或法律允许根据合同赋予的”。根据这些规定，根本无法推断作为特许权产生的法律基础的“公法”或“法律”，到底是指东道国国内法，还是指国际法。至于特许权协议的法律性质到底是国内契约还是国际协定，在各个中外协定中也未见有任何说明。

在多数中外协定中，有关特许权协议的效力还有另一种条款。这种条款一般规定，缔约一方应遵守其对缔约另一方投资者所作的承诺。如前所述，由于发展中国家对特许权协议的“国际协定”性质异议甚多，发达国家往往要求在双边投资保护协定中订入关于这种特许权协议效力的保证条款，将作为东道国的发展中国家遵守特许权协议的国内法上的义务明确上升为国际法上的责任，同时力图以这种方式确保特许权协议效力的连续性和稳定性，使外国投资者的既得权利不至于因东道国国内政权更迭、外资立法和政策改变而减损或取消^①。显然，我国政府在中外协定中作出的上述承诺是对发达国家的又一项让步。

同时，中外协定中的部分条款对特许权协议的法律适用问题也作了相同的规定。例如，中国与比利时—卢森堡经济联盟协定第九条规定：“缔约各方投资者可按专项合同进行投资。缔约一方将遵守其对缔约另一方投资者所作的承诺。上述专项合同和承诺应符合接受投资缔约一方的法律和本协定的规定。”事实上，特许权协议问题是与国有化问题、国际投资争端解决问题以及外国投资者待遇等问题紧密相连的。发展中国家取消和修改特许权协议的举动往往就发生在对外资实行国有化或征收之时；因特许权协议产生的纠纷当然也属于国家与他国国民间的投资争端；对外国投资者的待遇则关系到特许权协议中的外国投资者在东道国的权利和义务的整体水平。根据上述中外协定条款的规定，如果特许权协议适用这类协定，我国在这些协定中就国有化、国际投资争端解决以及外国投资者待遇等问题向发达国家所作的妥协实际上也包括了特许权协议。另一些中外协定则未规定特许权协议所适用的法律，如中瑞（士）协定第五条仅规定：“缔约一方在任何时候都应保证遵守对缔约另一方投资者的投资作出的承诺。”不难看出，这类条款与发达国家关于特许权协议适用国际法的主张并无直接冲突。

十分清楚，在外国投资者待遇、外资国有化、特许权协议的法律性质以及国际投资争端解决等重大问题上，发展中国家和发达国家的立场对立和观点分歧是由来已久的。发达国家的理论和实践往往带有“治外法权”思想的痕迹，为了把对本国海外投资者的法律保护“国际化”，它们提出了一系列有关的主张：在外国投资者待遇问题上，主张实行“国际最低待遇标准”；在国有化补偿问题上，主张采用“充分、及时、有效”这一所谓的传统习惯国际法规则；在特许权协议问题上，主张其法律性质为“国

^① 见彼得《国际投资协议的仲裁与重开谈判》，乌特列支，1986年版，第142页。

际协定”，应以国际法为其准据法；在国际投资争端解决问题上，主张将争端提交国际仲裁，并在仲裁中适用国际法；等等。这种“国际化”可以在一定程度上使其本国海外投资者摆脱东道国的国内法律管辖，以便让发展中国家承担保护外国投资者的国际法责任。一旦在这些问题上出现纷争，发达国家就能够以行使外交保护权为名，对发展中国家施加压力，直至诉诸武力。

站在完全对立的立场上，广大发展中国家为了捍卫本国的政治主权和经济主权，坚持只给外国投资者以国内法上的保护，力图将有关吸收外资的法律问题“国内化”；在外国投资者待遇问题上，主张根据国内法实行“国民待遇”；在国有化补偿问题上，主张根据国内法给予“部分补偿”；在特许权协议问题上，主张其性质为“国内契约”，应当适用东道国国内法律；在国际投资争端解决问题上，主张由东道国进行司法管辖，并同样适用东道国国内法律。总之，发展中国家确立了对外国投资者的属地管辖优越权，就可以根据情况适时调整有关法律和政策，而不给发达国家留下肆意干涉的口实。

我国是一个发展中的大国，与广大发展中国家一样，在历史上曾经长期遭受西方列强的经济侵略。为了维护发展中国家的共同利益，我国一贯倡导和支持建立新的国际经济秩序。在国际投资法律领域，我国原则上完全赞同发展中国家的理论与实践，但在具体做法上又实行了不同程度的让步和妥协。在和平与发展的背景下，从我国的实际情况出发，在国际经济事务中采取灵活的策略，应当说是有益和必要的。

第一，从建立国际经济法律新秩序的历史进程来看，我国应当采取务实的态度。

在现代国际经济关系中，广大发展中国家仍然处于不合理的国际经济分工和国际经济交换体系之中，发展中国家与发达国家之间现存的严重不平衡状态是长期形成的，需要通过全球经济合作，尤其是南北经济合作才能逐步消除^①。建立新的国际经济秩序无疑是一个长期的历史过程。与此相应，发展中国家为了最终实现建立国际经济法律新秩序的目标，也需要付出长期不懈的努力，这种努力不但包括与发达国家进行斗争，而且包括与发达国家之间的相互合作。在处理国际经济关系中的一些法律问题时，发展中国家完全可以采取比较灵活和务实的态度。

具体地讲，在国际投资关系中，发展中国家具有广阔的市场、丰富的原材料和廉价的劳动力，是发达国家大量剩余资本牟取厚利、寻找出路的良好场所；另一方面，广大发展中国家为了促进本国经济的发展，迫切需要引进外国的资金、先进技术和科学管理经验。南北国家在国际投资中的这种相互依存和相互依赖关系决定了它们在处理相关的法律问题时应该相互合作和相互妥协。在现阶段，为了加快经济建设步伐，我国需要引进大量外资。在对外资的法律保护方面，适当考虑发达国家及发达国家投资者的要求，充分保护外国投资者的合法权益，也是对外开放的题中应有之义。

^① 见联合国大会通过的《建立新的国际经济秩序行动纲领·引言》。

第二,从作为资本输入国的特殊情况来看,我国可以采取灵活的策略。

对外开放,积极引进外资是我国的基本国策。总的来说,我国目前已经形成了良好的投资环境。就上述国际投资法中的重大争议问题而言,我国给予外国投资者的待遇是公平合理的,总体水平超出了对国内企业实行的待遇;除非出现特殊情况(如战争、战争威胁以及严重的自然灾害),我国将不对外资实行国有化和征收^①;对于自然资源(如海上石油)的勘探和开发,我国多实行与外资合作的方式,而尽量避免采用特许权协议这一投资形式。由此可见,我国与外国投资者在这些问题上产生投资纠纷的现实可能性不是很大。而在法律保护方面适当满足发达国家的要求,有利于解除外国投资者的顾虑,增强他们在华投资的信心。

另一方面,与其他弱小的发展中国家不同,我国拥有巩固的人民民主专政政权,实行改革开放十多年来,综合国力得到了很大的增强。在整个国民经济体系中,公有制经济仍占主导地位,外资只起辅助和补充作用。同时,我国的国际地位空前提高,在国际事务中正发挥着越来越大的作用。有鉴于此,在所述国际投资法重大争议问题上,即使向发达国家作了一些让步,一旦产生纠纷,我国也有能力和实力运用公平合理的方式加以解决,任何国家都不可能随意将自己的意志强加给我国。

第三,从发展中国家的具体实践来看,作出某种妥协是发展民族经济的需要。

从50年代到60年代,许多发展中国家为了从外国投资者手中夺回经济主权,对外资多采取排斥和限制的态度,实行了大规模的国有化和征收。进入70年代之后,出于发展民族经济的需要,广大发展中国家纷纷实行鼓励外资流入的政策,在处理国际投资法律问题方面也相应地改变了过去的做法,开始有限度地向发达国家妥协。这一转变在它们对《华盛顿公约》和《汉城公约》的态度上得到了充分体现。这两大公约都是发展中国家和发达国家利益妥协的产物。在《华盛顿公约》中,发展中国家放弃了对国际投资争端的属地管辖权,同意将这类争端提交国际仲裁,以换取发达国家不对本国投资者实行外交保护的承诺;在《汉城公约》中,发展中国家也在一定程度上限制了本国在外国投资担保问题上的主权权力,作为互换条件,发达国家同意敦促本国投资者更加尊重作为投资东道国的发展中国的政治主权和经济主权^②。目前,已有116个国家签署了《华盛顿公约》(至1993年9月底)^③;签署《汉城公约》的国家则已达115个(至1992年6月底)^④。这些签署国大多数是发展中国家。值得注意的是,

① 见1990年修订的《中外合资经营企业法》第二条、1986年颁布的《外资企业法》第五条、1987年颁布的《对外合作开采海洋石油资源条例》第二十六条。

② 见陈仲洵《多边投资担保机构与美国在华投资》,《中国社会科学》1992年第6期,第103—104页。

③ 《“中心”讯息》1992年第11期,华盛顿,第3页。

④ 见《多边投资担保机构1992年年度报告》,华盛顿,1992年版,第8页。

一向坚持“卡尔沃主义”，不愿向发达国家妥协的拉美国家现在对这两个公约也采取了比较开放的态度。从80年代开始，哥斯达黎加、萨尔瓦多、巴拉圭、阿根廷、玻利维亚、智利、厄瓜多尔、洪都拉斯等国先后加入了《华盛顿公约》^①；对于《汉城公约》，拉美国家在80年代初就积极参与了它的谈判和制订工作^②。在这期间，发展中国家与发达国家之间签订了大量的双边投资保护协定，发展中国家也接受了其中不少反映发达国家利益的条款^③。此外，广大发展中国家近年来还纷纷制订了保护和鼓励吸收外资的法律^④。由此可见，我国在上述问题上对发达国家所作的妥协与广大发展中国家在这方面的取向是一致的，它们反映了发展中国家发展民族经济的现实需要。

第四，从妥协的后果来看，发展中国家也能够换取发达国家的某些让步。

在前述国际投资法重大争议问题上，发展中国家向发达国家所作的妥协一般都不是单方面的，它可以换取发达国家在同一问题的其它方面或其它问题上的让步。在许多情况下，这是一种互惠或对等的关系。对我国的有关实践也应作这样的认识。我国在引进外资的同时，也正在积极开展海外投资。据统计，至1992年底，我国各类企业已在120多个国家和地区开办了4117家合资、独资和合作生产等企业，国外投资总额已达18.5亿美元，而且将进一步迅猛增长^⑤。据此，对于我国在与外国缔结或参加的保护国际投资条约中所作的妥协，既要看到它对我国作为资本输入国时可能带来的不利的一面，也要看到它对我国作为资本输出国时可能带来的有利的一面。

许多发达国家的学者认为，发展中国家在保护国际投资条约中对发达国家所作的妥协是对习惯国际法规则的肯定和发展^⑥。显然，如果把这些妥协看作是发展中国家愿意承担的具体条约上的义务，那是恰当的。除此之外，任何把此类条约的内容理解为对各国具有普遍拘束力的习惯国际法的倾向，对发展中国家都是十分有害的。事实上，迄今为止，从各国签订的保护国际投资的条约中都不可能推演出任何习惯国际法规则。首先，确立一项习惯国际法规则必须证明各国有反复实践的类似行为。在当前，保护国际投资条约，尤其是双边投资保护协定主要签订于发达国家与发展中国家之间，发展中国家相互之间较少有此类条约，也就是说这方面的实践主体仍然有限；更何况各国签订的保护国际投资条约在内容上有着各种各样的差异，不可能形成统一的行为规

① 见卢瓦特《发展中国家改善投资气候的多边途径—以ICSID与MIGA为例》，《哈佛国际法杂志》第33卷第1期，1992年冬季号，第107页。

② 见希哈塔《多边投资担保机构与外国投资》，乌特列支，1988年版，第39页。

③ 见索纳拉亚《国家责任与双边投资条约》，《世界贸易法杂志》第20卷，伯尔尼，1986年，第89—97页。

④ 见波珈尼《双边投资条约：比较分析》，《国际商法中的现存问题》，香港，1988年版，第155页。

⑤ 见《中国在海外开办企业逾四千家》，《国际经贸消息》，1992年3月9日第1版。

⑥ 见曼《英国促进和保护投资条约》，《英国国际法年刊·1982年》，第52页。

则。其次,确立一项习惯国际法规则还必须证明各国重复类似的行为是基于认为自己承担了国际法上的义务,即具有“法律上的确信”。国际法院在1969年的“北海大陆架”案判决中明确指出,把条约作为习惯国际法的证据,必须非常审慎,特别需要了解缔约国的意图^①。毫无疑问,保护国际投资条约的内容要受东道国吸收外资的政策与目标以及投资者母国政策与实力等因素的影响。基于目前的国际实践,很难确定缔约各方商定这类条约的内容是出于“法律上的确信”^②。据此,不能认为我国在保护国际投资条约中对发达国家所作的妥协,是在习惯国际法形成方面对发展中国家的不利之举。

第五,从妥协的方式来看,发展中国家仍然能够有力地维护自身权益。

在保护国际投资条约中,尤其是在中外协定中,我国所接受的许多妥协性规定都不是明确让步。对于相关条款,我国仍然可以力争作出有利于自己的解释。具体地讲,在条约没有约定认定标准的情况下,我国可以坚持仅根据国内法给予外国投资者“公平合理的待遇”;由于保护国际投资条约中没有划定“间接国有化”的适用范围,我国可以对此严加限定;对于国有化补偿问题,中外协定虽然原则上规定了补偿规则,但对补偿数额的具体估算,我国还可以提出自己的适用标准;有关特许权协议的法律性质及准据法的确定,中外协定没有约定的,我国可以推定其为“国内契约”,一并适用我国国内法律;中外协定虽然规定国际投资争端可以提交“中心”仲裁,但是根据《华盛顿公约》第二十五条第一款的规定,中国政府仍然拥有最后批准权。

即使我国未能将上述国际投资法中的重大争议问题全部“国内化”,最后只得准用国际法处理这些问题,我国仍然可以与广大发展中国家一道,在争取建立国际经济新秩序的过程中,更新和发展传统的国际法规则。联合国大会已经通过了一系列有利于发展中国家的国际投资法律原则,这些原则的国际法效力虽然尚未形成定论,但是它们所代表的国际法发展趋势则不容忽视。传统国际法规则是所谓“西方文明”的产物,从来没有得到过广大发展中国家的完全承认,它不可能由发达国家定于一尊。例如,根据《汉城公约》第十二条d款Ⅳ项规定判断东道国是否按国际法要求给予外资以“公正、平等的待遇和法律保护”时,多边投资担保机构已经不可能一味地顾及发达国家的利益,同时也将不得不考虑广大发展中国家的立场和观点^③。

[本文责任编辑:梅小嫩]

① 见《国际法院报告》,海牙,1969年版,第4页。

② 见陈大钢、魏群《国有化及其赔偿法律与实践的发展》,《中国国际法年刊·1989年》,第302页。

③ 见希哈塔《多边投资担保机构与外国投资》,乌特列支,1988年版,第244—245页。